Comisión de Constitución, Códigos, Legislación General y Administración
Carpeta Nº 1221 de 2011

Versión Taquigráfica N° 816 de 2011

PRETENSIÓN PUNITIVA DEL ESTADO

Restablecimiento para los delitos cometidos en aplicación del terrorismo de Estado hasta el 1º de marzo de 1985

PROFESOR DOCTOR AMADEO OTTATI

Versión taquigráfica de la reunión realizada el día 26 de octubre de 2011

(Sin corregir)

PRESIDEN:	Señores Representantes José Bayardi (Presidente) y Pablo Iturralde Viñas (ad hoc).
MIEMBROS:	Señores Representantes Gustavo Borsari Brenna, Fitzgerald Cantero Piali, Gustavo Cersósimo, Nicolás Núñez, Jorge Orrico, Aníbal Pereyra y Walter Souto.
ASISTE:	Señor Representante Daniel Aquino.
INVITADO:	Profesor doctor Amadeo Ottati.

SEÑOR PRESIDENTE (Bayardi).- Habiendo número, está abierta la reunión.

En el día de ayer recibimos la comunicación de legisladores del Partido Nacional para realizar tres invitaciones a la Comisión. Se propuso invitar a los doctores Korzeniak, Ottati y Chaves, indicación que dimos a la Secretaría, solicitándole que les pidiera disculpas por la perentoriedad de los plazos. El doctor Korzeniak estaba en La Paloma. Hoy, vendrá desde Rocha hasta Montevideo porque tiene un compromiso asumido con la Corte Electoral, por lo que declinó venir a esta Comisión. Ayer, el doctor Gastón Chaves estaba en el interior del país. Fue contactado a la hora 17 y planteó que tenía una serie de compromisos asumidos en la mañana de hoy, por lo que también declinó venir. El doctor Amadeo Ottati tenía algunos compromisos, pero dijo que vendría entre la hora 10 y 15 y la hora 10 y 30; se le mandó el material por correo. Acaba de llegar y en breve lo haremos pasar

Quiero plantear dos asuntos. En primer lugar, los señores legisladores recordarán la solicitud que hicimos a la Asociación de Escribanos del Uruguay, a los efectos de que colaborara con nosotros en la traslación dominial de un inmueble padrón del departamento de Soriano a la Intendencia de Soriano para actividades productivas. Esto fue pedido por los tres legisladores de ese departamento. El informe ya está pronto, por lo qué vamos a incorporar este tema en el orden del día de la próxima sesión de la Comisión.

En segundo término, en cuanto al recurso que interpusieron las señoras Edilas y los señores Ediles de Colonia, ya llegaron los antecedentes de la Junta Departamental y se van a repartir entre los señores

legisladores. Este tema también estará incorporado en el orden del día de la próxima sesión porque el plazo de ese recurso vence el 15 de diciembre. Es decir que debemos tratarlo durante el mes de noviembre.

Por otra parte, particularmente tengo interés en que la Cámara sancione los ajustes a los últimos artículos del Código General del Proceso; quedan ocho artículos desglosados.

SEÑOR CANTERO PIALI.- Con respecto al recurso interpuesto por Ediles del departamento de Colonia y viendo que están corriendo los plazos, sería bueno convocarlos a la Comisión más allá de la documentación que tenemos para que expongan los fundamentos por los cuales presentan el recurso. De esa forma, la Comisión se irá formando opinión y, por sí o por no, se expedirá en los plazos que corresponde.

SEÑOR PRESIDENTE.- La idea es tener un régimen de trabajo más intenso en noviembre para liquidar los asuntos que quedaron pendientes en este período.

El próximo miércoles 2 es feriado, por lo que quisiera saber si hay disposición de los señores Diputados para sesionar el jueves 3.

(Apoyados)

—— Entonces, la próxima sesión de la Comisión queda fijada para el jueves 3 de noviembre, a la hora 10.

Ahora, haremos pasar al doctor Amadeo Ottati para que haga consideraciones sobre el proyecto de ley que ingresara en el día de ayer.

(Ingresa a Sala el doctor Amadeo Ottati)

—— La Comisión de Constitución, Códigos, Legislación General y Administración da la bienvenida al doctor Amadeo Ottati. Asimismo, queremos agradecerle por haber respondido a la invitación que planteara el señor Diputado Borsari Brenna hace menos de veinticuatro horas, ya que somos conscientes de las ocupaciones y del tiempo de que dispone.

Como usted sabe, ingresó en la noche de ayer a la Cámara de Representantes el proyecto "Pretensión Punitiva del Estado.-Restablecimiento para los delitos cometidos en aplicación del terrorismo de Estado hasta el 1º de marzo de 1985", proveniente de la Cámara de Senadores. Tiene pocas variaciones con respecto al proyecto de ley ingresado la semana pasada.

SEÑOR OTTATI.- Es para mí un placer y un honor que me hayan convocado. Los plazos no fueron lo que hubiera deseado para poder preparar algún material más preciso y enjundioso. De todas maneras, voy a hacerles llegar mi opinión que, quiero aclarar, será profundamente aséptica. No he tenido ninguna causa vinculada con la violación de los derechos humanos, ni como denunciante ni como patrocinante de denunciados. Por lo tanto, mi opinión es meramente académica, desde mi condición conocida por ustedes de catedrático de Derecho Penal de la Universidad Católica.

Me voy a manejar con un texto escrito que traje, que luego les puedo dejar.

Este proyecto de ley en trámite me merece las siguientes reflexiones. Considero, en primer lugar que, más allá de cualquier consideración jurídica, la presente iniciativa reitera, aunque con otra redacción aclaro que ya tuve en cuenta las modificaciones, porque las había recogido en un texto que me enviaron ayer, y veo que no cambió, desde mi punto de vista, el proyecto de ley interpretativo que no pudiera lograr su aprobación hace relativamente poco tiempo en esta misma Casa.

El artículo 1º del proyecto, en cuanto "(...) restablece el pleno ejercicio de la pretensión punitiva del Estado", desde la fecha de la restauración de la democracia, no es sino, a mi juicio, una derogación tácita de la Ley Nº 15.848, que se hace no hacia adelante, como es propio de toda derogación, sino hacia atrás, en forma retroactiva. Comparto plenamente la opinión de quienes sustentan que la Ley de Caducidad no se podía anular, como se pretendía con ese frustrado proyecto de ley interpretativo. Pero entiendo que sí se puede derogar, nada impide que pueda ser derogada. Claro que, en este caso, la derogación solo puede tener efectos

hacia el futuro lo que, como es obvio creo entender no serviría a los propósitos de quienes han propuesto el presente proyecto de ley según públicas declaraciones.

El artículo 2º al establecer que "(...) no se computará plazo alguno (sean procesales, de prescripción o de caducidad) desde la sanción de la Ley de Caducidad hasta la fecha de entrada en vigencia de la presente ley", a mi entender viola en forma clara y expresa la letra y el espíritu de los artículos 117 y siguientes del Código Penal que son los que fijan el régimen de prescripción de los delitos, ya sea en los guarismos que corresponden a las diversas categorías que allí se establecen ustedes saben que esas categorías tienen que ver con la gravedad de los delitos; a mayor gravedad mayor tiempo de prescripción, y también las normas que regulan las formas en que esos plazos se suspenden, se interrumpen o se extienden.

Se podría argumentar que, dado que el Código Penal es una ley, sus disposiciones pueden perfectamente ser modificadas por otra ley. Por otra parte, es lo que ha ocurrido en un sinnúmero de casos. Por ejemplo, el Código Penal, desde el año 1934, y a lo largo del tiempo, ha sufrido gran cantidad de modificaciones. Pero acá entra en juego lo dispuesto en los artículos 15 y 16 del Código Penal seguramente no estoy diciendo ninguna novedad; me consta que esto ya ha sido manejado en el ámbito del Parlamento por parte de asesores que han concurrido y también por Senadores y Diputados, que además están reproducidos en los artículos 7º y 8º del Código del Proceso Penal posterior.

Todas estas normas prohíben la aplicación retroactiva de leyes penales que no favorezcan al autor de un delito, que no favorezcan al reo; es una expresión que suena fea, pero se utiliza para denominar al autor, coautor o cómplice de un delito. Por otra parte, ese es el principio del artículo 15 del Código Penal que, por si acaso, es reafirmado en forma expresa en el siguiente artículo 16, para las leyes de prescripción.

Veo que se ha corregido el hecho de que las leyes de prescripción son leyes penales y no procesales. Son leyes penales porque, nada más ni nada menos, que la prescripción es un modo de extinguir el delito, pero eso ya quedó solucionado.

Es también muy claro que un cambio en los plazos de prescripción si ese cambio radica en su extensión resulta obviamente perjudicial para el reo, por cuanto el delito que estaba a punto de extinguirse por prescripción, habrá de sobrevivir de modo indefinido, lo que por otra parte, y según surge de la exposición de motivos, constituye el propósito buscado con esta disposición.

Aprovecho a decir aunque no sea el motivo expreso de la presente convocatoria que, a mi juicio, ya resultaba por demás dudosa la aplicación que con similar finalidad esto es, extender el plazo de prescripción algunos Fiscales y Jueces han hecho del artículo 123 del Código Penal que permite extender en un tercio el plazo de prescripción para el caso de homicidios graves cuyos autores "se perfilan, en concepto del juez, como sujetos peligrosos". A mi juicio, esto es así por cuanto se juzga esa eventual peligrosidad no en la época en que delinquieron sino veinte años o más después cuando se dicta la sentencia y la biología como alguien ha dicho últimamente ha borrado todo atisbo de esa peligrosidad.

Permítaseme, además, la siguiente digresión, porque creo que, a veces, este concepto no se maneja con la convicción con que debería hacerse por parte de quienes no son legos en Derecho o Derecho Penal. Este tema de la prescripción puede resultar de difícil comprensión a los ojos de un profano, en cuanto permite que el mero transcurso del tiempo pueda eliminar la responsabilidad del autor de un delito; ello es lo que ocurre: hay gente que comete un delito, se va del país y el mero transcurso del tiempo hace que esa responsabilidad penal se esfume, desaparezca. Frente a esta sensación que se tiene, vale recordar lo hago con mucho aprecio porque se trata del máximo penalista que ha dado nuestro país las palabras del codificador, el maestro Irureta Goyena, quien justificaba la prescripción de la siguiente manera: "...la pena deja de ser útil, porque labrado el recuerdo del hecho, por el transcurso del tiempo, no existe ya la alarma social, y la pena ya no es ni popular ni ejemplarizante", justificándola, además en aquellos casos en que el tiempo transcurrido ha sido singularmente extenso "...en que el sujeto que se va a juzgar o condenar no es el mismo psicológicamente que comete el delito". Estas eran las justificaciones que daba al instituto de prescripción el maestro Irureta Goyena, prescripción que, por otra parte quiero decirlo muy claramente no es un invento del Código Penal uruguayo sino que aparece absolutamente en todas las legislaciones, antiguas y modernas, de Derecho Penal.

En cuanto al artículo 3º, esa declaración de que los delitos por los que se ha condenado a estas personas y que son, obviamente, los que integraban el elenco normativo vigente al momento de la condena son crímenes de lesa humanidad, significa a mi juicio, también, lisa y llanamente, aplicar retroactivamente una categoría de

delitos que aparece recién en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, incorporado a nuestra legislación interna por la Ley Nº 17.510 en el mes de junio de 2002. O sea que tampoco podría prosperar esa asimilación por la que parece claro se pretende trasladar a aquellos delitos, la nota de imprescriptibilidad, que es una nota definitoria de los delitos de lesa humanidad. Es obvio, en consecuencia, que por imperio de la no retroactividad de la ley penal no puedan catalogarse como delitos de lesa humanidad hechos que se han cometido antes de la fecha mencionada, es decir, antes de la fecha de aprobación del Estatuto de la Corte Penal Internacional por la ley penal uruguaya

Podría caber la pregunta que trato de contestar respecto de dónde extrae su legitimidad ese principio de la no retroactividad de la ley penal. Nada más ni nada menos que del artículo 10 de la Constitución de la República que dispone que: "Ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe". De manera que no se puede convertir en ilícita una conducta que al momento en que se realizó era lícita y no podía ser castigada con una pena, o imputar a una conducta pasada, que sí era ilícita, un delito que no existía en esa fecha porque ello conspiraría de un modo insuperable contra la seguridad jurídica y también contra el más caro principio del Derecho Penal liberal, cual es el principio de legalidad. Según el aforismo "Nullum crimen, nulla poena sine lege" que, seguramente, muchos de ustedes conocen no puede haber delito ni pena sin previa ley que lo establezca. Dejar librado a una interpretación posterior que una conducta que hoy no es delito pueda serlo mañana o pasado significa una vulneración a los principios de certeza jurídica a los que no hay más alternativa que afiliarse.

Creo, pues, que desde el punto de vista puramente académico del cual no deseo apartarme, el fin no justifica los medios, por loable que pueda ser, especialmente, si para ello quedan por el camino principios tradicionales y fundamentales del Derecho Penal propios de un Estado democrático.

Esa es mi opinión. Disculpen si fui demasiado sucinto y breve pero no tuve tiempo para hacer algo más enjundioso o profundo.

SEÑOR PRESIDENTE.- Reitero nuestro agradecimiento porque somos conscientes de la perentoriedad de los plazos con los que contó.

SEÑOR OTTATI.- He querido manejarme solamente con aspectos penales y no incursionar en temas constitucionales, materia sobre la que habrán de consultar a otros expertos.

SEÑOR BORSARI BRENNA.- Simplemente, quiero agradecer la disposición del doctor a concurrir en tan poco tiempo.

No tengo ninguna pregunta porque su exposición ha evacuado todas las que tenía. Ha sido claro y conciso.

SEÑOR OTTATI.- Quiero agregar un ejemplo.

A veces hay hechos que por su especial gravedad conmueven a la sociedad, que reclama determinado castigo. Imaginemos que se diera en nuestro país un caso parecido al de la chica Candela en Argentina. Supongo porque las normas son bastante parecidas que esa conducta será castigada en su momento si se comprueba la responsabilidad de las personas que hoy están siendo investigadas como un delito de secuestro y violación si la hubo con resultado de muerte. Va a tener que aplicarse a esas personas el delito que corresponda al momento en que se cometió este crimen. Imaginemos que mediante presión popular el Presidente de la Comisión lo sabe porque fue Ministro; la gente cuando ocurre algo pide hasta la pena de muerte se logra modificar la pena del delito de privación de libertad o secuestro con resultado de muerte y se aplica una pena perpetua o de muerte. Obviamente, no va a poder contemplarse el caso mencionado. Esa modificación se aplicará en el futuro; la próxima vez que alguien haga lo que le hicieron a esta pobre chica, responderá con esa pena.

Más allá de que uno entienda el propósito de reprimir crímenes horrendos, verdaderamente censurables desde todo punto de vista, no hay otra alternativa más allá de la forma que se pueda buscar, con más o menos palabras que apegarse a esos principios que tienen directa relación con la seguridad, la certeza jurídica. Ese es el fin del Derecho Penal: que la gente tenga conocimiento en forma muy clara, definida porque a veces los delitos se establecen en forma muy ambigua y con anterioridad, para que ajuste su conducta de tal manera de

no tener que sufrir una pena, sin que se pueda cambiar a posteriori. Este es un agregado que puede dejar más en claro el concepto.

SEÑOR CERSÓSIMO.- Agradecemos al doctor Ottati que haya venido a ilustrarnos sobre estos temas.

Voy a formular una pregunta que estará en libertad de contestar o no, en virtud de las explicaciones que dimos respecto de la brevedad con que fue convocado.

Quisiera saber si conoce la sentencia del Caso Gelman de la Corte Interamericana y, si es así, que nos aclare si era necesario que se dictara esta ley para dar cumplimiento al fallo que establece determinadas obligaciones para el Estado uruguayo.

SEÑOR OTTATI.- Confieso que no la leí con el detenimiento o con la seriedad con que debía por esperar una ocasión propicia para hacerlo.

Percibo que actualmente existe una corriente jurisprudencial muy importante que tiende a colocar a las normas supranacionales por encima de las disposiciones del derecho interno. Evidentemente, nos rechina a todos que el Estado no pueda hacer valer su Constitución y sus principios rectores, inclusive, pronunciamientos de índole popular que también están incluidos dentro del marco constitucional. En ese fallo hay cuestiones que parecen hasta excesivas. Por ejemplo, el hecho de tener que colocar una placa en un lugar por obligación de la Corte va un poco más allá de la trascendencia concreta o de a dónde debería apuntar directamente el fallo. Pero no estaría en condiciones de decir si efectivamente esta es la solución o no. Creo que el Estado uruguayo se siente obligado a dar alguna respuesta. Quizás habría que retrotraerse al momento en que el Poder Legislativo aprobó los tratados. ¡Claro!, Estados Unidos puede darse el gusto de decir: "Yo no apruebo esto", porque es Estados Unidos, pero los países periféricos como el nuestro se pueden exponer a otro tipo de situación. No tengo una respuesta absolutamente concreta en el sentido de si esta ley logra colmar eso; quizás tampoco lo logre, pero no lo puedo afirmar tajantemente.

SEÑOR CERSÓSIMO.- En su concepto, la ley llamada de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, ¿consagró una amnistía?

SEÑOR OTTATI.- Pienso que las leyes de amnistía es una posición que tengo formada desde hace mucho tiempo, con los antecedentes que se han dictado en el país a comienzos del siglo pasado, cuando había luchas fratricidas muy importantes, apuntan a una pacificación. Quizás, desde mi modesta opinión, la primera ley de amnistía debió haber sido equivalente a los dos bandos que estaban enfrentados en aquel momento. No lo fue; se creó lo que se puede denominar un agravio comparativo, que luego se trató de subsanar con la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado. Por razones que no conozco aunque por los años que tengo pude ser testigo bastante cercano de lo que pasó quizás no se quiso colocar la palabra "amnistía", o tal vez a alguno de los actores políticos de aquel momento ese término no les llegaba. Creo en el fondo que sí es una ley de amnistía, porque prácticamente tiene sus efectos. Si no recuerdo mal, creo que hay algún fallo de la Suprema Corte de Justicia no sé si se ha modificado que dice lo mismo. Si bien se dice que el nombre no hace a la cosa, creo que en aquel momento, por determinado prurito que muchos de ustedes que actuaban en aquella época deben conocer, se prefirió no llamarla ley de amnistía. Inclusive, recuerdo que después hubo que dictar una ley de amnistía para los presos que se habían subido a los techos de las cárceles porque preguntaban: "Bueno, ¿por qué le dan la amnistía a gente que cometió este tipo de delitos y a nosotros que estamos acá por rapiñas, hurtos, no la tenemos?". Y hubo que dictar una ley de amnistía para los presos sociales y para los presos políticos. O sea: me parece que el clima era ese, pero no lo puedo afirmar.

Quiero aclarar que yo no participé ni en la discusión ni en la elaboración de ese tema.

SEÑOR ORRICO.- No voy a entrar a una discusión. Más allá de que respeto mucho a mi amigo Amadeo Ottati, no comparto nada de lo que ha dicho.

Quiero dejar sentada una cuestión. Hablar de bandos yo no lo voy a aceptar porque mucho más del 90% de los que estaban presos por la dictadura no cometieron ningún delito. Y yo no lo estuve porque no me descubrieron. Y yo no sé manejar ni una honda. No tengo ni la menor idea. Nunca tuve un arma, nunca disparé un tiro a nadie y nunca cometí ningún delito en el sentido, por lo menos, democrático del tema. Entonces quiero hacer esa precisión. No quiero entrar en la discusión de si es amnistía o no; yo tengo mi posición, el doctor Ottati tiene la suya y el doctor Cersósimo tiene la suya. Pero sí quiero dejar claro: los que estaban presos cuando se dictó la ley de amnistía en su enorme mayoría eran individuos que no habían disparado un solo tiro.

SEÑOR PRESIDENTE.- Los temas pasibles de ser discutidos en este ámbito y en esta oportunidad tienen veintiséis años de discusión. Entonces pediría que en presencia del invitado no discutamos. Discutimos después; seguramente hoy de tarde reeditemos una discusión que, repito, lleva veintiséis años.

SEÑOR CERSÓSIMO.- Yo iba a seguir con la metodología y con el estilo con que hemos hablado. Cuando le concedí la interrupción al señor Diputado Orrico que tiene mucho más experiencia que nosotros y por ende mayor picardía, no siguió la mecánica que habíamos dicho, de hacer preguntas al invitado, sino que dio su posición, hizo su "speech". No voy a defender al doctor Ottati porque la solidez y contundencia de sus argumentaciones y su especialidad son públicamente conocidas y reconocidas por todos en el ámbito jurídico.

Contrariamente digo, Diputado Orrico, con quien estudiamos en la misma Universidad, que comparto todo lo que ha dicho el doctor Ottati; no solo lo dice porque es lo que piensa, sino que además lo fundamenta en las normas nacionales e internacionales y en su vastísima experiencia en la materia, que todos reconocemos.

SEÑOR BORSARI BRENNA.- Creo que esto merece una constancia. Me parece que nosotros no podemos corregir la plana del visitante; esa no ha sido nunca la costumbre de esta Comisión. El visitante puede dar las opiniones con el léxico que le plazca y entienda que es adecuado a su intervención y a su pensamiento

Por otra parte digo con fraternidad a nuestro amigo Orrico que creo que en este momento no estamos en condiciones de pronunciarnos sobre si estamos o no de acuerdo con la exposición del visitante. Pero ya que se ha hecho, yo también quiero decir que la exposición del doctor Ottati ha sido clarísima más allá de que se podrá estar de acuerdo o no con ella. Por otra parte, la voluntad de venir a menos de veinticuatro horas de ser citado a verter sus opiniones y dar su pensamiento a esta Comisión, me parece un aspecto riquísimo. Por lo tanto, me parece que no podemos ni debemos adelantar ningún tipo de pronunciamiento con respecto a sus ideas, su exposición y su análisis, porque lo hemos invitado para que los haga.

SEÑOR CERSÓSIMO.- Una vez otorgado el beneficio de la amnistía al reo, ¿la derogación puede afectarlo? Es decir, la derogación hacia atrás como ha sido el propósito de esta norma que estamos estudiando, que genera una derogación tácita de la ley de caducidad, de amnistía para los militares y policías, ¿puede afectar la situación? Creo que ya lo ha dicho, pero quisiera que quedara claro.

SEÑOR OTTATI.- En rigor, supongo que como pasa con toda ley que se dicta la interpretación y aplicación deberá hacerse por parte de los jueces.

(Murmullos en Sala)

—— También supongo y no quiero aventurar ninguna opinión sobre el particular que los que se vean afectados por la aplicación de esta disposición, tendrán los mecanismos para accionar eventualmente, la declaración de inconstitucionalidad, si consideran que así corresponde y resolverá el organismo máximo de la jerarquía judicial, que es la Suprema Corte de Justicia. Las leyes por sí mismas no arreglan los problemas sino que está en aquellos que tienen que aplicarla, los que lo harán de una u otra manera.

(Murmullos en Sala)

SEÑOR ITURRALDE VIÑAS.- Solo quería decía que, simplemente, por una cuestión de estilo, debíamos prestar atención al invitado.

SEÑOR CANTERO PIALI.- Damos la bienvenida y el agradecimiento al doctor Ottati por acceder a la invitación formulada con tan poco tiempo de antelación y preparar este informe que me parece muy bueno.

Quiero hacerle un par de preguntas. Usted decía que este proyecto va en contraposición del artículo 117 y siguientes del Código Penal. La primera pregunta, formulada de parte de un lego, es la siguiente. ¿Cómo queda el Código Penal de aprobarse esto? Como usted dice que este proyecto contraviene los artículos 117 y siguientes del Código Penal, quiero saber qué pasa con esos artículos del Código si se aprueba este proyecto.

La segunda pregunta tiene que ver con el futuro. Recordando el principio del Derecho Penal que dice que no hay pena sin ley, y como ahora habría una ley que pena algo que no estaba penado antes, ¿qué pasa en el futuro? ¿Cómo queda nuestro sistema penal en función de que mañana puede emitirse cualquier tipo de ley que pene algo que hoy no estaba penado?

SEÑOR OTTATI.- Obviamente, el Código va a quedar como está porque esta ley no dispone concretamente una modificación específica del Código. Cuando se modifica el Código Penal o cualquier otra ley, se establece "Modifícase en tal forma". Simplemente se dicta una norma que puede quedar en contradicción con lo que aparece en el Código. Me remito a lo que le contestaba recién al Diputado Cersósimo en el sentido de que quienes deben aplicar la ley van a tener menudo trabajo y posiblemente tengan posiciones encontradas en cuanto a qué se entiende con esto.

Además, fíjense que hay un proyecto de reforma del Código Penal. A esta altura, no sabemos si el profesor Cairoli me consta que ha ido a la Comisión del Senado hace unos días tratará de adecuar las disposiciones relativas a la prescripción, que estaban en su proyecto modificativo que dicho sea de paso no modificaban al Código vigente en ese aspecto de acuerdo con este temperamento. Es decir que creo que se va a generar una zona de incertidumbre jurídica porque tampoco la ley es terminantemente clara. La fórmula de este proyecto es un poco ambigua o, por lo menos, no es lo suficientemente clara como para que se entienda que ha habido una derogación tácita. Esa es una opinión que tengo, que no creo que habilite para modificar las normas del Código.

En cuanto a la segunda pregunta, es decir, a qué va a pasar ahora, cabe decir que va a quedar una zona... Yo no patrocino ninguno de estos casos. Yo supongo que a aquellos a los que le sirva la ley, la aplicarán y a los que no les convenga según sus intereses manejarán los argumentos y las vías recursivas que correspondan para hacer valer sus pretensiones. Supongo que no va a quedar un panorama muy claro sino bastante intrincado y confuso.

(Ocupa la Presidencia el señor Representante Iturralde Viñas)

SEÑOR BAYARDI.- Quería aprovechar la presencia del doctor Ottati para formular la siguiente pregunta.

No soy abogado, pero quería abusar de la presencia del doctor Ottati para que me ilustrara en algunas áreas del Derecho Penal que, en los años que llevo acá adentro, es el más alejado de los Derechos a los que he entrado. He tratado de profundizar en otras áreas en el Derecho Constitucional, en el Derecho Administrativo, pero no en Derecho Penal.

Mi pregunta es cuál es la finalidad del Derecho Penal en una sociedad. Esta es una pregunta formulada desde el punto de vista filosófico. El doctor Ottati hizo algunas consideraciones que quiero puntualizar y puso un ejemplo. Por lo tanto, quisiera saber cuál es la finalidad del Derecho Penal en la sociedad, en términos generales.

SEÑOR OTTATI.- Esta es una pregunta de examen.

La ciencia del Derecho Penal es muy antigua. Desde la época más primitiva ha existido el castigo de aquellos hechos que se apartaban de la normalidad de la vida en sociedad. Durante una época, los conflictos se resolvían en el ámbito privado, entre particulares, por ejemplo, una tribu contra otra. Se aplicaba la Ley del Talión: ojo por ojo y diente por diente.

Con la evolución de la sociedad moderna y la aparición del marqués de Beccaria, don Cesare Bonesana, se fueron dulcificando las penas. Además, el Estado expropia conflictos, los hace suyos y trata de resolverlos.

Tradicionalmente, ¿cuáles son los fines del Derecho Penal? Son los fines de la pena; por algo se llama Derecho Penal. En la denominación de la disciplina, se pone el énfasis en la pena, más allá de que Carrara hablaba de Derecho Criminal porque ponía énfasis en el delito.

Entonces, ¿cuáles son los fines del Derecho Penal? En primer lugar, la prevención general, es decir, dictar una norma de tal manera que signifique un tope para las ambiciones desmedidas de los ciudadanos o habitantes de la República. Hay que tener en cuenta que el Derecho Penal no se aplica solamente a los ciudadanos sino a todos los que habitan una determinada circunscripción territorial o un Estado, a los efectos de que sepan que eso no se puede hacer, es decir, que lo que está expresamente previsto en la ley no se puede hacer. De allí que insista en lo que significa ese principio básico del Derecho Penal, que es el de legalidad, que determina la necesidad de que estén acuñadas en conductas concretas o en tipos penales concretos como se llaman, aquellas conductas a las que los ciudadanos deben ajustar su actuar para no incurrir en una situación que, en el futuro, le devenga en la aplicación de una pena. Entonces, esa finalidad de prevención, que es general para todas las personas, como una especie de espada de Damocles que está flotando sobre toda la sociedad indiscriminadamente, también se transforma en una prevención específica para el caso de que una persona esté en la situación de cometer un delito.

Al lado de la prevención general, hay otra función que quizás sea la más típica, clara y notoria que es la de la represión. El Derecho Penal es un derecho que, por naturaleza, debe ser aflictivo, o sea que conmina la realización de un hecho previsto en la ley como un delito con la aplicación de una pena, la que también me apresuro a decirlo debe estar prevista expresamente. Es decir que la persona tiene que saber previamente que lo que está haciendo es un delito y que va a ser castigada con determinada pena. Quiero aclarar que no siempre las personas que cometen un delito saben que lo están haciendo. Es decir: alguien puede pensar que la intermediación a la afiliación en una mutualista no es un delito, pero lo es.

Resumiendo, diría que las dos funciones básicas del Derecho Penal son, por un lado, la prevención como decía el viejito Carrara, que los buenos sepan que lo que están haciendo es bueno y los malos sepan que lo que están haciendo es malo y, por lo tanto, se les castigue y, por el otro, la represión que, nos guste o no, al final es más que nada la esencia del Derecho Penal: castigar a las personas que han cometido delitos.

SEÑOR BAYARDI.- Tengo una preocupación en cuanto al Derecho Penal, que es dónde está el "espacio" si se puede hablar, entre comillas de la Justicia. ¿En qué sentido digo esto? En el siguiente: en realidad en algún momento el Estado se apropió del tema de no cobrar por el daño en forma individual para poder racionalizar la relación entre los hombres, porque si no las sociedades hubieran sido ámbitos en los que habría sido insoportable vivir. Entonces, debe tener ínsito en algún momento que lo que es o no justo sería procesado por el interior de cada uno. Si a uno le mataran a un hijo y no hubiera ningún lugar al que ir a reclamar justicia, probablemente uno trataría de hacerla por mano propia. Inclusive, si hubiera algún ámbito en el que reclamar justicia, alguno podría pensar, independientemente de ese espacio y sujeto a todas las responsabilidades penales que pudieran acontecer, que va a hacer justicia igual, si así lo entiende.

Entonces, ¿dónde queda encerrado dentro del Derecho Penal el ámbito de la Justicia? Digo esto porque esta discusión, que ya lleva 26 años como decía ayer, quiero darla desde la política. ¿Cómo la aplican los Jueces y cómo los abogados de cada una de las partes litigan para hacer valer derechos? Este es un ámbito que está fuera de mi objetivo hoy. ¿Saben lo que he dicho muchas veces? Que cualquier cosa que se haga es mi opinión y puede no compartirse que devuelva al fuero jurisdiccional la solución de este problema es sano para la sociedad; es el punto de partida filosófico con el que estoy parado en esta discusión. Pero quería saber sobre la Justicia, porque creo que hay algunas cuestiones que merecen ser discutidas, desde la perspectiva del Derecho Penal y sabiendo que, en realidad, uno a veces se puede parar desde el lugar en que le toca jugar el papel en la sociedad. Si no incorporamos el valor de la Justicia, la estructura del Derecho Penal se cae. Digo

esto porque vamos a hablar de principios, por ejemplo, del principio de irretroactividad de la ley penal. Le digo por qué. El doctor Ottati cita escuetamente al doctor Irureta Goyena que dice que la pena deja de ser útil porque ya no existe la alarma social, el sujeto no es el mismo que el que cometió el delito. El problema que veo en esta valoración es que se olvida de la víctima y la deja de lado en general. Se ocupa del victimario; obviamente, el sujeto no es el mismo; pasaron 20 años y nadie se baña dos veces en la misma agua; entonces, tiene a la sociedad y al victimario, pero no incorpora a la víctima en esa relación.

Esa es una preocupación que me asalta cuando discutimos el tema y los derechos a aplicar. En mi opinión, el doctor Ottati hizo una sola consideración constitucional: dio de suyo que había otras consultas que se hicieron acá a los profesores de Derecho Constitucional consta en las versiones taquigráficas y hay algo que quienes pasaron por acá citan la verdad es que en las discusiones de Derecho Constitucional, que es un Derecho esencialmente político concedo poca cosa; en las de Derecho Penal las concedo todas y es que: "Las acciones privadas de las personas" artículo 10 de la Constitución "que de ningún modo atacan el orden público ni perjudican a un tercero, están exentas de la autoridad de los magistrados". Esto es muy claro; es prístino. Además, expresa: "Ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe". No veo cuál es la extensión que se le da al artículo 10 para hacer alguna interpretación de inconstitucionalidad sobre el texto que estamos considerando.

SEÑOR OTTATI.- Cuando dice que nadie está obligado a hacer lo que no manda la ley, se trata, justamente, del llamado principio de legalidad. ¿En qué consiste este principio? Al respecto, voy a poner un ejemplo. Una persona, desde que se levanta no quiero equiparar, pero este ejemplo lo pongo en clase porque me parece muy claro hasta que se duerme realiza miles de acciones: se baja de la cama, va al baño, se cepilla los dientes, se pone el saco. Cada una de estas cosas son acciones. Pero el Legislador, dentro de ese mar inmenso de acciones lícitas selecciona unas pocas. Fíjense que los delitos son ciento y pico, ciento y pico de acciones que el legislador Penal selecciona y dice: "Si usted hace esto, va a ser castigado con tal pena". Entonces, ¿qué es preciso para tener certeza jurídica, que es a lo que hoy me refería en forma bastante insistente? Que las personas sepan de antemano qué es lo que manda la ley. Y no se puede obligar a una persona a hacer algo que no manda la ley.

Entonces, esos mandatos de la ley son los que definen y cierran el círculo de qué es lo que se puede hacer o no. Si yo, después de que hay un mandato de la ley al cual ajusto mi conducta, resulta que esa conducta, que se ajustaba al marco de la ley, se desajusta porque una ley posterior lo cambia, no se me va a poder aplicar a mí. Es decir, la ley posterior se aplicará a quienes realicen lo mismo que yo hice.

La legislación argentina ha tenido vaivenes en cuanto al consumo de estupefacientes y a su despenalización. Nuestra legislación siempre tomó partido por que el consumidor de estupefacientes el mero consumidor, no el traficante era un enfermo. Pero en Argentina cambiaba. Entonces, ¿qué ocurría? Cuando pasa a ser delito porque cambia la legislación, aquellos que quedaron en libertad porque no era delito, ¿los vamos a meter presos? A esa relación es a la que me estaba refiriendo, señor Diputado Bayardi. Claro, ustedes pueden preguntarse, este principio y este otro, ¿son principios de Derecho Penal? ¿Qué base tienen? Tienen base constitucional. O sea que, como yo no pienso patrocinar ninguna acción porque no tengo defensas en estos temas, quedará a criterio de quien la plantee y de la Suprema Corte de Justicia, decidir si existe o no. Pero creo que esto sale por ahí.

También he leído no soy experto en el tema que podría utilizarse el Diputado que incursiona en el Derecho Constitucional lo sabrá el artículo 72, que siempre sirve.

En cuanto a la Justicia, mi querido Diputado, la aplican los hombres. El maestro Couture decía que cuando se encuentre en conflicto la ley con la Justicia, se aplique la Justicia. Esto, a nivel práctico en estos días, significa que dejar a criterio de un Juez qué es justo y qué no, me parece más riesgoso lo digo con franqueza que dejar a criterio del Juez lo que corresponde o no de acuerdo a la Ley Penal que significa, en última instancia, la garantía para todos, para el Juez y, fundamentalmente, para los justiciables.

Quizás esto no conforme, pero sería más un tema de filosofía del Derecho.

SEÑOR BAYARDI.- Entiendo el concepto que se le da al artículo 10. Lo que digo es que, en realidad, había delitos, se cometieron delitos, que ya preexistían desde el punto de vista del Derecho. Acá tendríamos que discutir si estaban incorporados definitivamente o no. En este país había leyes que

fueron votadas en 1969, que en realidad eran acuerdos internacionales que el Estado no podía llevar adelante. Aquí hubo delitos cometidos desde el aparato del Estado que tenían que ver con la integridad de las personas, con no torturar, con no degradar. Esas leyes fueron votadas el 11 de julio de 1969. O sea que había delitos que ya preexistían. Se me podrá decir que no estaban incorporados a texto expreso en el Código Penal. Muchos de esos delitos no estaban catalogados como delitos de lesa humanidad. El avance de la tipificación de los delitos es posterior a la experiencia de la humanidad del siglo XX. Los delitos preexistían como delitos y existía el compromiso del Estado de no llevarlos adelante Alguien me podrá decir que un oficial, egresado con el grado tal, ni tuvo en cuenta esto. Se parte de la base de que se supone que se conoce el delito, y el no conocimiento no exime de la pena para el caso. Acá existe la discusión acerca de si el delito preexistía o no.

SEÑOR OTTATI.- En realidad sí existían y tengo entendido que habían sido castigados con la normativa existente en aquel momento. Desconozco cómo se catalogó cada uno de los casos pero lo que en aquel momento no existía era la categoría de lesa humanidad, definidos como tales en forma muy precisa. Es más: no quiero cometer un desatino, pero si no recuerdo mal creo que hasta el propio Estatuto de Roma dice que las normas se aplican de allí en adelante. Sigo pensando que hay un fin que se entiende como absolutamente lógico, que puede ser justo, según manifiesta el señor Diputado, pero la Justicia en definitiva tiene que quedar circunscripta, en este tipo de situaciones y en todas las demás, al límite de la ley penal. Reitero: es una garantía que debe ser insoslayable; que alguna vez nos sirva o no, es una cuestión incidental y momentánea. Pienso que cuando uno empieza a dejar por el camino algunas cuestiones de tipo jurídico, se entra en un camino que no es el mejor. Insisto: tengo posición formada en el plano ideológico, político, y la dejo al margen. Me refiero soy muy sincero en esto exclusivamente al ámbito como penalista o como experto en Derecho Penal, y he venido enseñando esta disciplina desde hace casi cuarenta años. Es probable que la famosa pirámide de Kelsen con el paso del tiempo se vaya desvaneciendo porque cada vez cobran más protagonismo los convenios. Inclusive, hasta los fallos de los organismos internacionales algo que me asusta un poco que se están manejando.

En mi modesta posición no pretendo coincidir con el señor Diputado Orrico, a quien respeto mucho más allá de las discrepancias, y sé que es recíproco.

SEÑOR BAYARDI.- No estoy hablando del Estatuto de Roma, porque si no limitaríamos la discusión al 2006. Estoy hablando de la Ley Nº 13.751 de 11 de julio de 1969, que hace al protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El artículo 15 establece que nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el Derecho nacional o internacional. Y también dice que tampoco se impondrá una pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión de delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello. Esto armoniza con toda la doctrina liberal en materia de Derecho penal. Yo estoy de acuerdo. Pero el inciso segundo del artículo 15 establece que nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que en el momento de cometerse fueran delictivos según los principios generales del Derecho, reconocidos por la comunidad internacional.

No estoy hablando del Estatuto de Roma sino de que el delito preexistía y las consideraciones que acabo de mencionar ya estaban vigentes en Uruguay, porque las habíamos suscrito como ley.

SEÑOR OTTATI.- Con la mano en el corazón, digo que esa disposición es absolutamente improcedente. Lo dice la ley, pero antes estaba diciendo lo que debería decir. De todas maneras, advierto que aquí se habla de delitos de lesa humanidad, que es una categoría muy precisa, y el señor Diputado sabe dónde está incluida.

SEÑOR BAYARDI.- Con el doctor Ottati tenemos una posición distinta respecto al tema de la amnistía.

El doctor Ottati hizo un "racconto", que fue verdadero pero parcial. La Suprema Corte de Justicia en el Uruguay hizo algo maravilloso. Cuando existen dudas respecto al texto se puede apelar al espíritu. Seguramente existían dudas respecto al texto porque alguien apeló la constitucionalidad de la ley. En

realidad, la Suprema Corte de Justicia no estaba obligada a ir al espíritu. Si hubiera ido al espíritu habría encontrado algo que a texto expreso en la discusión estuvo planteado: no era una amnistía. ¿Por qué esto era así? Porque un sector importante de un partido político en ese momento, la segunda mayoría del país, el Partido Nacional, no aceptaba el tema de la amnistía. El tema más importante era que los eventuales beneficiarios tampoco aceptaban la amnistía. Eran firmes opositores a que se declarara la amnistía sobre los militares. ¿Por qué? Porque si a mí me tienen que amnistiar de algo es porque cometí un delito. Este tema estuvo planteado.

SEÑOR OTTATI.- Quizás se me interpretó mal. No hice una afirmación categórica. En aquel momento aparecían unas palabras como subyacente o sobrevolante en el sentido de que había una amnistía. En los hechos parecería que tenía cola y oreja de perro, pero prefirió no llamársele perro por las razones que pudieran existir. Una de ellas era la que el señor Diputado maneja y recuerdo que en algún caso ocurría. A una se le llamó con todas las letras, ley de amnistía, y a la otra se le buscó una forma y hubo muchas vueltas para saber qué nombre se le ponía. Como categórico preferiría ceñirme a lo que dije al principio, e inclusive lo voy a dejar escrito a la Comisión.

SEÑOR BAYARDI.- Por suerte la vida me colocó muy cerca de quien pronunció la frase de que hubo cosas que estuvieron subyacentes o sobrevolando. Y agradezco a la vida por ello pero el tema no se relacionaba con una posible amnistía sino que lo que estaba subyacente era el tema de la violación a los derechos humanos. Como en todo proceso de negociación el doctor Ottati lo sabe como abogado si vamos a tener problemas con algo lo diferimos para adelante y vemos cómo se soluciona. La pregunta es la siguiente. En realidad, está vigente en el Uruguay desde antes de 1986 o sea, desde 1985 el tema de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, que está articulada porque la ley no solo la aprobó, sino que incorporó los anexos como texto de la Convención a la ley. Me refiero al Pacto de San José de Costa Rica.

SEÑOR OTTATI.- La Ley Nº 15.737.

SEÑOR BAYARDI.- Exacto, que lo incorpora a texto expreso porque, normalmente, como fórmula dice: Apruébase el tratado tal o cual". Pero, en este caso, dice: "Apruébase" y dice que los anexos integran este proyecto de ley. Ahí está claramente determinado que, en realidad, el Uruguay, libre y soberanamente, aprueba el Pacto. Al aprobar el Pacto, incorpora a su marco jurídico todas las normas de dicho Pacto. Ahí está claramente estipulado que no puede haber ley de amnistía que, en realidad, encubra o impida aclarar las violaciones a los derechos humanos y, eventualmente, sancionar a los responsables. Por lo tanto, en realidad, sin haber denunciado el Pacto porque el Uruguay nunca le puso reservas, en 1985 lo incorporó a su ordenamiento jurídico y lo hizo parte de esto. Hago esta referencia porque esta apreciación sí refiere a cómo operaría el tema de una eventual amnistía frente a esos delitos desarrollados desde el Estado.

Quisiera saber si comparte la apreciación respecto a que esa incorporación es parte del Derecho positivo del Uruguay. En mi opinión, salvo que denunciemos a la Convención, es así. Digo esto porque acá sí me meto en el Derecho Constitucional, a veces, se hace decir al Derecho Constitucional cosas que, en realidad, no necesariamente dice. Se habla de la soberanía en términos generales. Aclaro que no sigo a profesores de Derecho Constitucional propios ni ajenos, porque sigo solo, casi a piedeletrista tratando de entrar en la hermenéutica de las interpretaciones del Derecho al profesor Justino Jiménez de Aréchaga. Él dice que la soberanía respecto a las cuestiones internas es total. Ahora, asumidos los convenios internacionales, libre y soberanamente, en realidad lo que estamos haciendo es sometemos a una limitación de la soberanía en función de integrar la comunidad internacional. Lo dice a texto expreso en la Constitución de la República. Entonces, creo que estamos sometidos, libre y soberanamente a un ámbito que es el que nos guía: por la Convención. De ahí que libre y soberanamente nos sometimos a la jurisdicción de la Corte. Todos los Jueces, abogados y legisladores de este país saben que el fallo de la Corte Internacional es inapelable. Por lo tanto, supongo que el doctor Ottati también compartirá que, en tanto es inapelable, hay que cumplirlo.

SEÑOR CERSÓSIMO.- Quería agregar que en la llamada "Ley de Amnistía para los Presos Políticos", también el artículo 7º establece que no se podrá investigar ningún hecho, inclusive del año 1962, que sería un artículo que entonces estaría en contradicción con la misma norma de Derecho Internacional sobre la que está preguntando el señor Diputado Bayardi.

SEÑOR OTTATI.- En verdad, vine con la mejor disposición, exclusivamente para opinar sobre este proyecto de ley. Por lo tanto, no es que no quiera meterme en honduras o abordar temas que van más allá de mi competencia soy un hombre de Derecho; debería conocer todo el Derecho, pero las preguntas que acaba de formular el señor Diputado Bayardi quizás deberían ser respondidas por alguien que esté en el tema del Derecho Constitucional.

Solamente quiero decir una cosa al señor Diputado Bayardi: los Jueces en materia penal ignoran olímpicamente el Pacto de San José de Costa Rica, al punto tal que hubo que dictar una norma expresa en cuya redacción participó muy activamente el señor Diputado Orrico, a los efectos de que, por ejemplo, se permitiera a los abogados tener intervención en el presumario, cuando el Pacto de San José de Costa Rica lo consagra. En eso me puedo explayar, porque es mi materia. O sea que a veces los pactos que aprueba el país son letra muerta para muchos operadores del sistema judicial o, por lo menos, no se les toma en consideración. Sigo pensando que a veces es un error que, en el momento en que se votan los tratados, no se tome conocimiento acabado por parte de todos los actores de la sociedad de qué es lo que contiene y de cuáles son las obligaciones, porque luego hay que cumplirlas.

Disculpen pero tengo otro compromiso. No es que quiera rehuir la polémica, que me parece muy clara. Además, soy muy partidario de la posición de Couture. A veces digo: "Esto será adecuado a Derecho, pero no es justo", pero marcho preso igual. La ley dice esto y es una garantía que creo que deberíamos tratar de preservar, así como también los principios que acabo de fundamentar, más allá de las respetables posiciones que sobre el particular se han expresado y que seguramente se van a sustentar en la discusión parlamentaria.

SEÑOR PRESIDENTE.- La Comisión de Constitución, Códigos, Legislación General y Administración agradece la presencia del profesor doctor Amadeo Ottati.

(Se retira de Sala el profesor doctor Amadeo Ottati)

(Ocupa la Presidencia el señor Representante Bayardi)

—— Se pasa a considerar el asunto que figura en primer término del orden del día: "Elección de Vicepresidente".

En discusión.

SEÑOR ITURRALDE VIÑAS.- Mociono para el cargo de Vicepresidente al señor Diputado Borsari Brenna.

SEÑOR PRESIDENTE.- Si no se hace uso de la palabra, se va a votar.

(Se vota)

—— Ocho en nueve: AFIRMATIVA.

(Se suspende la toma de la versión taquigráfica)